الاشتراع في الدولة الإسلامية

مفهومه وخصائصه

أ. رحمية بن حمو

جامعة الأمير عبد القادر

ملخص

هذا البحث هو محاولة لدراسة الدور الاشتراعي للدولة الإسلامية في خضم التطور الحديث الذي وصلت إليه نظم الحكم المعاصرة. بينت فيه المقصود بالاشتراع كوظيفة تمارسها الدولة الإسلامية. واختلافه عن مفهوم التشريع الإلهي. فهذا الأخير هو المصدر الأساسي للاشتراع والحاكم عليه. وينتج عن هذا المفهوم خصائص تميز اشتراعات الدولة هي كونها فرعية ومحدودة النطاق. تلزم الأفراد في ظاهر أحوالهم. قابلة للنسخ والتعديل.

La notion de la legislation faite par l'Etat islamique , que l'on peut nomer (Al'Ishtiraa), a un sens different de la loi islamique envoyée par DIEU.

Al'Ishtiraa doit être posé a partir des références du Charia et de l'intèret du peuple .cependant il a trois caractairistiques: il est inférieur et limité, obligatoire aux individus selon leur aspects éxterieur, annulable et modifiable .

الطموح إلى دولة تقوم على أصول العقيدة الإسلامية وتعمل وفق منظومتها التشريعية هو حلم كل مسلم يعتز بإسلامه ويراه الحل الأمثل بل الوحيد لكافة مشكلاته. لكن إقامة دولة على طراز دولة الراشدين إذا أريد به تكرير ذلك النموذج من حيث الشكل الذي قام عليه هو أمر بعيد المنال.

بل هو ضرب من الأحلام. أما إذا أريد به استقاء ما ينطوي عليه من مبادئ سياسية وقيم أخلاقية وأهداف تشريعية، فذلك مما يمكن تحصيله مع اتخاذ الأطر الحديثة للدولة وما توصلت إليه المجتمعات المعاصرة من هياكل وأشكال لا تمس بالمبادئ، بل تعمل على تثبيتها وتفعيلها في مجال التطبيق. ومن هذه الأطر؛ مسألة تقسيم وظائف الدولة إلى ثلاث: التشريع والقضاء والتنفيذ. فلا ضير أن تقوم الدولة الإسلامية بالوظائف الثلاث، على أن يكون قيامها بذلك تجسيدا للمنظومة الإسلامية وإعمالا لها في حياة المسلمين. ويمثل التشريع أخطر هذه الوظائف على الإطلاق، فليست الوظيفتان الباقيتان سوى تجسيد لما يسطره التشريع.

والتشريع بوصفه وظيفة أساسية تختص الدولة بالقيام بها، هو وضع القواعد العامة التي تسير بها أمور المجتمع وفق ما يتبناه هذا المجتمع من عقائد واتجاهات نابعة من كيانه كأمة متحدة في التاريخ والمنطلق، منسجمة متوافقة في الأهداف والمصير.. لكن مصطلح التشريع بالمفهوم الإسلامي، إنما يطلق على ما سنه الله تعالى لعباده من الأحكام ابتداء، وهذا ما جعل اتخاذه للتعبير عن إحدى وظائف الدولة أمرا غير مستساغ لدى كثير من الناس. ولهذا فضلنا ما اقترحه بعض علماء العصر الحديث وهو مصطلح الاشتراع. وسنبين مفهومه وخصائصه من خلال العنصرين الآتيين:

الأول: مفهوم الاشتراع وظيفةً للدولة

الثاني: خصائص اشتراعات الدولة

العنصر الأول: مفهوم الاشتراع وظيفةً للدولة

من التعريفات التي تعطى للتشريع في الفقه الوضعي بصفة عامة أنه: "مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم شؤون المجتمع أي التي يسير عليها الناس ويتوجب عليهم إطاعتها ... وهو

يرمي إلى حماية نشاط الفرد بالقدر الذي يتلاءم مع مصلحة الجماعة، وتحقيق الحاجات المشتركة لجميع الأفراد المكونين لها ... وذلك ببيان الحقوق التي يتمتع بها الفرد قبل غيره أو قبل الهيئات التي تتكون منها الجماعة"[1].

كما أن له معنى خاصا يطلق على: "*مجموعة القواعد القانونية التي تصدر في شكل مكتوب عن السلطة التي تملك حق إصدارها بمقتضى الدستور*"[2]. كما يطلق هذا المصطلح أيضا على عملية وضع هذه القواعد بالمعنيين: العام والخاص[3].

ولم يكن مصطلح "التشريع" متداولا لدى الفقه الإسلامي، إذ درج الفقهاء على استعمال مصطلحات أخرى مثل: الشرع، الشريعة، الأحكام الشرعية، الفتوى ...إلخ[4]. كما أن الدولة الإسلامية لم تمارس التشريع كوظيفة مستقلة عن التنفيذ. فلما أدخل هذا المصطلح في الفقه الإسلامي المعاصر، أحدث نوعا من الارتباك في تحديد المقصود به.

فقد فرق عبد الوهاب خلاف بين معنيين للتشريع الإسلامي :

1 - إيجاد شرع مبتدأ، وهو حكر على الله تعالى لا يشاركه فيه غيره.

2 - بيان حكم تقتضيه شريعة قائمة، ويقوم به العلماء المجتهدون.[5]

ولأن عمل المجتهدين ما هو إلا اجتهادات "*...مرجعها إلى النص بواسطة القياس، وليست إحداها أولى بالاتباع من الأخرى...*"[6] كما يذكر عبد الوهاب خلاف نفسه، فإننا لا نتفق معه في اعتبارها سلطة تشريعية في الدولة بهذا الإطلاق، وذلك لأسباب كثيرة أهمها خلوها من صفة الإلزام الذي تتسم به اشتراعات الدولة، وهذا ما اختاره بعض الباحثين[7]. إذ يحدد هذا الباحث الفرق بين التشريع بالمفهوم الثاني عند خلاّف والتشريع بمفهومه الجديد المتصل بسلطة الدولة بقوله: "*إن بيان الحكم الشرعي في هذا الأمر وفي سواه من الأمور، وبيان ما إذا كان واجبا أو مندوبا، أو محرما أو مكروها أو مباحا، هو مما يدخل في المعنيين السابقين (كما حددهما خلاف).*

ولكن بعد أن وضح الحكم الشرعي للأمور وأرادت الأمة أن تأخذ بهذا الاتجاه أو ذاك، فإن الأمر قد يقتضي أن يصدر قانون يحدد ما استقرت عليه الأمة من قواعد. وهذا هو التشريع بالمعنى الدقيق."[8]

ولهذا فإن وظيفة الدولة في هذا المجال تختلف عن وظيفة المجتهد. خاصة وأن الوظيفة التشريعية للدولة زيادة على أنها تستند إلى الاجتهاد الفقهي بعد توحيده وتنسيقه؛ حيث يكون دورها قاصرا على الصياغة في حالة الأحكام القطعية بينما يضاف إلى ذلك الاجتهاد أو اختيار وترجيح بعض الأوجه السائغة للاجتهاد في حالة الأحكام الظنية[9]. فهي أيضا تقوم على الاجتهاد في إطار المشروعية لتنظيم المصالح العامة للمجتمع فيما خولت الشريعة الدولة تنظيمه . وهذا ما يمكننا تسميته بالاجتهاد في تدبير المصالح ويعرف عند فقهائنا بسياسة الدنيا. ويعبر محمد رشيد رضا عن هذه الوظيفة بلفظ: "الاشتراع". حيث يقول معرفا له: *"وضع الأحكام التي تحتاج إليها الحكومة لإقامة العدل بين الناس، وحفظ الأمن والنظام، وصيانة البلاد ومصالح الأمة وسد ذرائع الفساد فيها ..."* [10]. كما يعبر عنه بعض الباحثين أيضا بـ"التشريع غير المباشر"[11]. إلا أن المصطلح الذي اختاره محمد رشيد رضا هو الأفضل والأنسب. وحبذا لو عمم استعماله بدلا من لفظ "التشريع" من أجل تسهيل التفريق بين التشريع الوضعي المبني على أسس عقلانية بحتة في الدولة الغربية وبين التشريع الوضعي الذي تعتمده الدولة الإسلامية بناء على أحكام الشريعة تيسيرا لتنفيذها . خاصة وأن البناء اللغوي للفظ "الاشتراع" يطابق المعنى المراد به. فـ "الاشتراع" من "اشترع" بصيغة "الافتعال" فيه نوع من التكلف والاصطناع. من "افتعل" بمعنى اتخذ شرعا [12].

غير أنه لا ضير من استعمال لفظ "التشريع" بالمعنى الذي لا يضاهي "الشرع" ما دام المقصد منه واضحا معلوما وقد سمى الفقهاء المفتي "شارعا" لأنه ينشئ الأحكام المستنبطة من الشرع زيادة على قيامه بتبليغ الأحكام المنقولة عن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ نصا [13]. وإنما يمتاز ولي الأمر

على المفتي بسلطة فرض هذه الأحكام بالقوة والقهر في إطار المجال المخول له، وتلك من خصائص اشتراعات الدولة، وإن كنا نفضل مصطلح "الاشتراع" للأسباب المذكورة آنفا.

وبهذا، فإن مقصودنا باصطلاح "الاشتراع" هو وضع القواعد القانونية اللازمة لحكم العلاقات الاجتماعية في الدولة، في صورة مكتوبة، سواء أكانت هذه القواعد ناتجة عن مصدر من مصادر الشريعة الإسلامية (القرآن، السنة، القياس، المصالح المرسلة ...إلخ) أم من تفسير للقواعد القائمة في الدولة (والمبنية بدورها على مصادر الشريعة)، أم من الاستجابة للظروف الزمنية وتلبية حاجات الأمة داخل إطار ما تسمح به الشريعة، وهو ما يختص بمجال مصلحي بحت يتعلق بمعرفة وجه التصرف من حيث نفعه للأمة. وبذلك يمكننا الخلوص إلى أنه يوجد بين مفهوم الاشتراع كما بيناه، وبين مفهوم التشريع عند خلاف، علاقة عموم وخصوص؛ فهما يشتركان في أن كلا منهما تشريع ابتنائي (أي مبني على التشريع الأصلي المتمثل في الوحي)، غير أن الأول يزيد على الثاني بأنه مدعوم تنفيذه بسلطة الدولة، بينما يقتصر الثاني على التزام المكلف به، كما أنه يزيد عليه بأنه يشمل جوانب أخرى غير مرتبطة بالحلال والحرام، وهي جوانب تحري المصلحة. ومن جهة أخرى يتميز مفهوم التشريع عن الاشتراع بأنه يشمل كل جوانب الحياة الإنسانية الخاصة منها والعامة، الروحية منها والمادية، بينما يقتصر الاشتراع على الجوانب المتصلة بالوظيفة التي أوكلها الإسلام إلى الدولة.

ويطلق لفظ الاشتراع أيضا ويقصد به ذات القواعد الناتجة عن هذه العملية. ولا حرج في أن تسمى القواعد التي تصدرها الدولة بالقوانين أو اللوائح أو غيرها من المسميات ما دامت تملك سلطة إصدارها بواسطة هيئاتها المخولة. ومن خلال هذا المفهوم تتبين الخصائص التي تتميز بها اشتراعات الدولة، وهو موضوع العنصر الموالي .

العنصر الثاني: خصائص اشتراعات الدولة:

تتصف اشتراعات الدولة بما تتصف به القاعدة القانونية من خصائص، فهي قواعد اجتماعية عامة مجردة، تحكم سلوك الأشخاص في الدولة الإسلامية، بالإضافة إلى أنها قواعد ملزمة يكفل إلزاميتها إجبار مادي جماعي[14].

وتشترك هذه الاشتراعات مع الشريعة العامة بأنها لا تقتصر على الأحكام الملزمة بنوعيها أمرا ونهيا، بل يمكن أن ترتاد مجال الإباحة. وما يعد من قبيل الأمر والنهي في شكل أقل إلزاما (على غرار المكروه والمندوب). كما أن الجزاء في هذه الاشتراعات قد يتعدى المجال الدنيوي إلى الأخروي في بعض الأحيان. ذلك أن وجوب طاعة ولي الأمر ثابت بنصوص الشريعة. ومخالفتها بعد نفاذها واستكمال شروطها، مخالفة للشريعة التي أمرت بطاعته.

غير أن ثمة خصائص تتميز بها اشتراعات الدولة، تختلف فيها عن الشريعة العامة وأحكامها يمكن تلخيصها في ثلاثة أمورهي: إنها اشتراعات فرعية محدودة النطاق، وهي قاصرة في إلزاميتها على الظاهر، كما أنها اشتراعات زمنية مؤقتة قابلة للنسخ والتغيير والتعديل. وهذا ما سيتبين من خلال النقاط الثلاث الآتية:

أولا: اشتراعات الدولة فرعية محدودة النطاق:

يقع في طليعة الخصائص التي تميز اشتراعات الدولة، أنها اشتراعات فرعية قاصرة على مجال محدود. ونعني بقولنا فرعية؛ أنها تكون مبنية على أصل ومنبثقة عنه. أي مبنية على الشريعة وأحكامها أو على الأقل تصدر عن تفويض منها. ولذلك فإن الاشتراع الذي تقوم به الدولة الإسلامية لا يمكن اعتباره قسيما للدين كمصدر من مصادر القاعدة القانونية كما هو معمول به في القوانين الوضعية[15]، بل إن الدين الإسلامي بمفهومه العام هو الأصل والمصدر الأساسي في تكوين

القاعدة القانونية. سواء أكانت ناجمة عن الاشتراع أم عن العرف أم غيرهما ... كما نعني بقولنا محدودة النطاق أو المجال: أنها قاصرة على حيز معين من مجالات الحياة الإنسانية ونشاطها.

وهذه الخصيصة: إنما هي نتيجة لمبدإ أساسي. وهو أن ولي الأمر هو مجرد منفذ لما شرعه الله. فوظيفته هي تنفيذ الشريعة في إطار ولايته. ومما يترتب على كون اشتراعات الدولة فرعية. أنها خاضعة للشريعة، إذ هي مصدر شرعيتها. وموضوع وظيفتها. فلا يجوز أن تخالفها أو تناقض مبادئها. كما لا يجوز أن تتضمن إباحة لما حرمته ولا تحريما لما أحلته. لأنها إنما وجدت لتنفيذها. فلا يصح أن تكون سببا في إبطالها. فإن الشريعة قد حسمت كافة القضايا المصيرية التي عليها مدار التشريع في المجتمعات الإنسانية. والدولة حين تضع قانونا أو نظاما تشريعيا. فإنها تلزم الأفراد بما جاء في الإسلام من أحكام شرعية تفصيلية[16].

كما يترتب على كون هذه الاشتراعات فرعية. أنها ذات مجال محدود. مبين بواسطة أحكام الشريعة ذاتها. ويخضع تحديد مجال التشريع هنا لمعيارين: معيار مادي يتعلق بالموضوعات والمسائل التي ينظمها الاشتراع والمتمثل في مجال الولاية العامة وما يخضع لها من شؤون الحياة الاجتماعية بصفة عامة.

ويمكن توسيع مجال اشتراعات الدولة بحيث تشمل ما أسند لولي الأمر من مهام. بالإضافة إلى ما له علاقة بالسلوك الاجتماعي مما كان في الماضي يرد إلى اجتهاد القضاة في الحكم بين الناس. فهذا المجال يحتاج إلى تنظيم بالنظر إلى عدم إمكانية قيام القاضي في عصرنا بمهمة الاجتهاد من نصوص الشريعة مباشرة. فيمكن إسناد هذه المهمة إلى "مجلس تشريعي"[17] يتكون من عدد كاف من علماء المسلمين. مهمته الاجتهاد في الأحكام الشرعية التي يرجع إليها القضاة في حكمهم بين الناس.

ويبقى ما خرج عن الولاية العامة من الأحكام راجعا إلى اجتهادات الأفراد. غير أنه إذا أرادت الدولة تنظيم هذه الأمور - وهي غالبا من الفروض الكفائية - ووضعها في إطار تشريعي، فإن ذلك من مهام علماء الشريعة أيضا. ويمكن أن يمثلهم في ذلك المجلس التشريعي الآنف الذكر.

ولولي الأمر المشاركة في هذا النوع من التشريع من حيث الإجراءات الشكلية من توقيع وإصدار دون أن يكون له رأي فيه ولا حق الاعتراض عليه. وهذا بوصفه صاحب الولاية العامة. ومن أجل تحقيق وحدة السلطة وتجانسها. ويدخل في هذا الإطار ما يتعلق بتنظيم السلطات في الدولة، وتحديد علاقاتها وما يخول لكل سلطة منها. إذ يتعلق ذلك بالقواعد المتضمنة في الدستور الذي هو أعلى اشتراع في الدولة.

ويتحدد مجال الولاية العامة بمعيار موضوعي يتمثل في الأمور التي لا يمكن للأفراد الخوض فيها ولا الاجتهاد في تطبيق أحكامها. وقد وضع القرافي ضابطا لتمييز الأحكام الشرعية التي هي من اختصاص الولاية العامة. يتمثل في ثلاثة أمور:

1 ـ إذا كانت هذه الأحكام تحتاج إلى نظر وتحرير واجتهاد في تحقيق سببها. كفسخ الأنكحة. والتعزيرات بأنواعها.

2 ـ إذا كان تفويضها لجميع الناس يفضي إلى الفتن والفساد، رغم كونها مقدرة ولا تحتاج إلى اجتهاد ولا تحرير. ومثالها الحدود والقصاص ... والأموال لما يشوبها من الطمع والتنافس ...

3 ـ إذا كانت ظنية (أي: مختلفا في حكمها الشرعي أو قابلا للخلاف) ووقع التعارض بين حق الله تعالى وحقوق الآدميين.

ثم بين القرافي أن اختلاف الفقهاء في مدى رجوع بعض الأحكام إلى الحكام؛ إنما سببه الاختلاف في تقدير اشتمالها على أحد هذه الأسباب أو عدمه[18].

وكما يتحدد المجال الاشتراعي من حيث موضوعاته، فإن الحيز المكاني لتطبيقه يتحدد أيضا (وهو المعيار الجغرافي أو الإقليمي). وليس ذلك بغريب، إذ الشريعة ذاتها، ورغم أنـها في أساسـها شريعة عالمية، فإن مجال تطبيقها من قبل الدولة إقليمي، قاصر على ما تحت سلطان المسلمين لعدم إمكان تطبيقها فيما ليس في يد المسلمين من البلاد[19]، وإذا كان هـذا حكـم الأصـل فـالفرع أولى بـه[20]. ويتحدد الحيز المكاني لاشتراعات الدولة زيادة على ذلك بما تحت سلطتها مـن بـلاد المسلمين، أي على القطر الذي تحكمه.

ثانيا: اشتراعات الدولة تلزم في الظاهر دون الباطن:

إن المقصود الأساسي مـن إيجـاب طاعـة ولي الأمـر، هـو تمكينـه مـن تنفيـذ أحكـام الشـريعة وتحقيق المصالح العامة للأمة ودفع المفاسد عنها. والشريعة ذاتها من حيث السلوك الخارجي تحكم بالظاهر من حيث تطبيـق الحكـام لهـا[21] . فالحـاكم ليـس مسؤولا عـن سـرائر النـاس وإن خـالفت ظواهرهم، لقول النبي –صلى الله عليه وسلم – ﴿أمرت أن أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر[22].﴾

فحكم الشريعة بالظاهر قاصر على مجال تنفيذها من طرف الحكام، بوصفهم بشرا لا يمكنهم الاطلاع على أسرار الناس وخفاياهم. وتسليطهم على سرائر النـاس يـؤدي إلى الاسـتبداد والتعسـف وتجاوز حدود وظيفتهم.

أما من حيث التزام الأفراد لها فإنه يشمل الظاهر والباطن على حد سواء، لأن ذلك هو مقتضى علاقتهم بالله عز وجل الذي يطلع على السرائر ولا تخفى عنه خافية.

ولذلك قال الفقهاء: إن حكم الحاكم لا يحل حراما ولا يحرم حلالا[23] . استنادا إلى قوله تعالى: ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون﴾[24].

وقول النبي -صلى الله عليه وسلم- ﴿ إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له نحو ما أسمع، فمن قضيت له بحق أخيه شيئا فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار[25]﴾.

وقد نص الفقهاء على أن المحرم من مخالفة الحكام: إنما هو ما يؤدي إلى المشاقة والمجاهرة بالعصيان. أما المخالفة من غير مجاهرة فليست بالمحظورة إذا اتبع المأمور (المحكوم) اعتقاده[26].

ولا يخالف ذلك ما ذهب إليه أبو حنيفة من أن القاضي إذا قضى في رجل ادعى على امرأة أنه زوجها وهي منكرة. وأتى بشاهدي زور (بغير علم القاضي) وحكم القاضي له. فإنه يجوز له معاشرتها ويجوز لها التمكين. لأن ذلك مبني على قاعدة من قواعد الفقه الحنفي. وهي أن حقيقة القضاء إثبات الحكم المدعى وإنشاء له. خلافا لما يذهب إليه الجمهور وهو أن القضاء إظهار للحكم وإخبار به عن الله تعالى[27].

وعند ذلك فإن وجهة نظر أبي حنيفة في تحليل هذه المرأة لمن ادعى عليها الزوجية تعتمد على أن القاضي هنا أنشأ عقد الزواج بهذا الحكم. فصارت زوجة المدعي حقيقة في الظاهر والباطن. حتى لو كانت الدعوى كاذبة في البداية. وهذا ما يؤكد أن أبا حنيفة لا يخالف الجمهور في أن حكم الحاكم لا يحل حراما ولا يحرم حلالا.

وبناء عليه: إذا أصدرت الدولة اشتراعا يقضي بإيجاب تسجيل العقود العقارية. واعتبار ما لم يسجل منها باطلا. فإن العقود التي تمت على خلاف ما يقضي به هذا التشريع تلزم أصحابها

لأن العاقدين أنشآ التزاما بتسليم العقار والثمن. أما شكل وكيفية العقد؛ فأمر خارج عن حقيقته. إذ يجب تنفيذه ديانة وإن بطل العقد في نظر القضاء. خلافا لما يذهب إليه بعض الباحثين[28].

ويرى بعض منهم أنه "ينبغي أن يكون كل من مسلك المجتهد إبان اضطلاعه بالاجتهاد التشريعي نظريا ومسلك الدولة والمحكومين على السواء. واجب التنفيذ والامتثال. ظاهرا وباطنا لما تفرع عن تلك المفاهيم الكلية والقيم الموضوعية، من تقنيات ونظم وإجراءات"[29].

وهذا الرأي ـ وإن كان يبدو معقولا في ظاهره ـ غير أن تطبيقه من الناحية العملية ليس سهلا. إذ لا يمكن للمجتهد أن يغير اجتهاده لمجرد اعتماد اجتهاد آخر من قبل الدولة. كما أن المحكوم قد يرى في تنفيذ بعض القوانين والنظم ظلما يقع منه ضد غيره. فلا يمكنه ديانة أن يستمر في تنفيذها[30]. ولذلك اكتفت الشريعة بحصول الطاعة الظاهرة التي تكفل استتباب الأمن وسريان قواعده. وأرجعت المسائل التي لا تتوافق فيها الأحكام الظاهرة مع حقائق الأشياء إلى ضمير المكلف.

ثالثا: اشتراعات الدولة زمنية (مؤقتة) قابلة للنسخ والتغيير (التعديل):

يرى بعض الباحثين أن أوامر ولي الأمر تستمد شرعيتها من ولايته. ولذلك تبقى ذات قيمة إلزامية ما بقي في ولايته. فـ*"الفقهاء يشترطون لطاعة ولي الأمر أن يكون ولي أمر وقت صدور الأمر منه، ويستمر وجوب طاعته ما بقي وليا للأمر ومصرا على الأمر الذي أصدره، فإن رجع عنه أو خرج من الإمرة، لم يتقيد أحد باتباعه فيما كان قد أمر به"* [31].

وهذا الرأي قد اعتمد على ما نص عليه الفقهاء أن ما تدخل فيه ولي الأمر من الأحكام الثابتة بالعرف لظروف اقتضت ذلك التدخل. يرجع تلقائيا إلى أصله بوفاة ذلك السلطان أو بعزله. وإذا احتيج إلى بقاء سريانه. فإنه لا بد من أمر جديد[32].

غير أنا نرى أنه من مقتضيات السياسة وضرورات الاستقرار للدولة أن تبقى هذه الاشتراعات سارية المفعول في حالة خروج ولي الأمر عن ولايته حتى يصدر اشتراع يقضي ببطلانها. ولهذا رأى بعض الباحثين[33] أن هذه الفكرة كانت مقبولة قديما لأن السلطة كانت مشخصنة في الحاكم؛ ولم تُعرف فكرة التمييز بين الدولة والحاكم إلا حديثا. أما الفصل بينهما؛ فإنه يستلزم استمرارية الاشتراعات لكونها صادرة عن الدولة وليس الحاكم نفسه. عملا بمبدأ استمرارية الدولة. غير أنه يحتفظ للحاكم الجديد بحق إلغاء هذه الاشتراعات وتعديلها. وتنبني فكرة الفصل بين الدولة والأشخاص الذين يسيرونها على مبدأ دولة المؤسسات الذي يجعل الحاكم مجرد موظف يقوم بأداء وظيفته وفق ما ينص عليه القانون. ولا نحسب هذا المبدأ إلا جزءا من نظام الحكم الإسلامي كما مارسه الخلفاء الراشدون؛ وإن لم يكن منصوصا عليه بهذا الاسم. فلم يكن صاحب الولاية -كبرت أو صغرت- سوى خادم للأمة في نظرهم وفي نظر الفقهاء من بعدهم. مهما أنبأت الممارسات التي جاءت بعد الخلافة الراشدة عن غير ذلك.

وعليه فالدولة كما لها حق إصدار اشتراعات جديدة. يحق لها أن تصدر ما يعدلها أو يلغيها. فقابلية اشتراعاتها للنسخ والتعديل أمر ضروري وحاجة تمليها تغيرات الزمن وتطورات الحياة الاجتماعية للأمة. وقدرتها على التغيير والتعديل في الاشتراعات تمنحها ميكانزمات (أو آليات) تخول لها الاستجابة لهذه التطورات.

كما أن هذه التطورات تؤثر بشكل مباشر في تغيير الأحكام الشرعية التي هي محل اجتهاد. والتي كثيرا ما تنبني عليها اشتراعات الدولة. وما يكون في ظاهره تغييرا للأحكام فهو ليس بنسخ لها بل من تغير الأحكام بتغير الزمان[34]. كما يشمل التغييرُ الأحكامَ المستندة إلى العرف أيضا.

ولا يشترط لوقف نفاذ تشريع سابق أن ينص على ذلك صراحة. بل يترتب على صدور القانون الجديد المخالف للقديم انتهاء سريان الثاني وبداية سريان الأول[35].

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الخصائص لا تشمل كل اشتراعات الدولة. إذ قد يكون منها ما هو إقرار لأحكام شرعية ثابتة بطريق قطعي وليست محلا للاجتهاد. وعندها يكون الاشتراع مجرد صياغة قانونية للحكم الشرعي. ووضع له في قالب مكتوب لإعلام الناس به وتسهيل تنفيذه. ولذلك فإن هذه الخصائص المذكورة آنفا قاصرة على اشتراعات الدولة المتعلقة بالمصالح. أو بالأحكام الشرعية التي هي محل اجتهاد.

ومما سبق: يتبين أن المقصود بالاشتراع كوظيفة تمارسها الدولة يختلف عن مفهوم التشريع الإلهي الذي يخضع له الحاكم والمحكوم على السواء. و عبارة عن وضع القواعد القانونية اللازمة لحكم العلاقات الاجتماعية في الدولة استنادا إلى مصادر الشريعة. أو ما تمليه المصلحة الآنية للمجتمع. وينتج عن هذا المفهوم خصائص تميز الاشتراع الذي تصدره الدولة. وتتمثل هذه الخصائص في: أنها اشتراعات فرعية خاضعة للشريعة ومحدودة النطاق. إذ هي قاصرة على النطاق المخصص للولاية العامة. كما أنها اشتراعات ملزمة للأفراد غير أنها تلزم في الظاهر دون الباطن. وهي زمنية مؤقتة قابلة للنسخ والتعديل حسب تغير الاجتهاد سواء في تفسير النصوص (مصادر التشريع) أو في تعيين مظان المصلحة.

الهوامش

[1] - محمود عبد المجيد مغربي، الوجيز في تاريخ القوانين، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1979م، ص24، وينظر أيضا: عباس الصراف وجورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، مكتبة دار الثقافة، عمّان الأردن، 1991م ص8.

[2] - عباس الصراف وجورج حزبون، المرجع السابق، ص44.

[3] حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط5 دون تاريخ، ص228.

[4] - هذا لا يعني أن الفقهاء لم يعرفوا لفظ "التشريع" إطلاقا بل إنهم عرفوه واستعملوه ولكن بشكل نادر جدا لا يرقى إلى مستوى الاصطلاح. ينظر كمثال على ذلك: ما ذكره أبو إسحاق الشاطبي في المسألة الخامسة من الدليل الثاني "السنة" من كتاب: الموافقات في أصول الفقه، بشرح عبد الله دراز، ضبط محمد عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، دون تاريخ، 58/4 : "وهو نمط ربما رجع إلى الترغيب والترهيب، فهو خادم للأمر والنهي، ومعدود من المكملات لضرورة التشريع ...".

[5] - عرف مقصوده بالتشريع في المقال الثالث بعد نشر مقالين كاملين من بحثه حول السلطات الثلاث في الإسلام وذلك بعد أن اعتُرض عليه في اعتبار عمل المجتهدين سلطة تشريعية. نشر هذا البحث بمجلة القانون والاقتصاد، عدد أفريل 1937م، ص566.

[6] - عبد الوهاب خلاف، السلطات الثلاث في الإسلام: "التشريع، القضاء، التنفيذ" دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1985م، ص41.

[7] - مصطفى أبو زيد فهمي، فن الحكم في الإسلام، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1413هـ ص211.

[8] - المرجع نفسه، ص209.

[9] - يعتبر القرآن والسنة من القواعد فوق الدستورية التي تلتزم السلطة التأسيسية باحترامها والعمل بمقتضاها حين تضع الدستور، الذي يعتبر وسيلة لتجديد التزام الدولة بمبادئ الإسلام. ينظر: محمود حلمي، نظام الحكم الاسلامي مقارنا بالنظم المعاصرة، دون ناشر، 1987م، ص123، محمد المبارك، نظام الإسلام، الحكم والدولة، ط4، دار الفكر، بيروت 1401هـ – ص83.

[10] - محمد رشيد رضا – الخلافة – موفم للنشر – الجزائر – 1992م – ص153. كما يعرف هذا المصطلح عند علماء القانون اللبنانيين خاصة، حيث يطلقون على المشرع اسم: المشترع.

[11] – ينظر: صبحي محمصاني. الأوضاع التشريعية في الدول العربية ماضيها وحاضرها. دار العلم للملايين. بيروت. 1981م. ص156.

[12] – من معاني "افتعل": اتخذ الفعل مثل: اشتوى القوم اللحم أي اتخذوه شواء. ومنها الاجتهاد والتصرف مثل: اكتسب أي تصرف واجتهد. ينظر: ناصر حسين علي. قضايا نحوية وصرفية. محاضرات ألقاها على طلبة الماجستير في قسم اللغة العربية وآدابها بجامعة الأمير عبد القادر بقسنطينة. المطبعة التعاونية. دمشق. 1409هـ. ص89. وكلاهما يؤدي المعنى.

[13] – ينظر: أبو إسحاق الشاطبي. الموافقات في أصول الشريعة. المرجع السابق. 245/4 إذ يقول: ".. أن المفتي شارع من وجه؛ لأن ما يبلغه من الشريعة إما منقول عن صاحبها وإما مستنبط من المنقول. فالأول يكون فيه مبلغا. والثاني يكون فيه قائما مقامه في إنشاء الأحكام؛ وإنشاء الأحكام إنما هو للشارع. فإذا كان للمجتهد إنشاء الأحكام بحسب نظره واجتهاده فهو من هذا الوجه شارع واجب اتباعه والعمل على وفق ما قاله ...".

[14] – ينظر في خصائص القاعدة القانونية: حسن كيرة. المدخل إلى القانون. المرجع السابق. ص19. وينظر ص38 منه. حيث يذكر أن الفقه الوضعي اختلف في مدى اعتبار الجزاء عنصرا من عناصر القاعدة القانونية. وأن جمهور الشراح يذهبون إلى اعتباره عنصرا لازما لوجود القاعدة القانونية.

[15] – يذكر عبد المنعم فرج الصده أن العصور القديمة هي عصور العرف والدين. وأن العصر الحديث هو عصر التشريع ينظر له: مبادئ القانون. دراسة خاصة بطلبة كلية التجارة. دار النهضة العربية. 1980م. ص90... مما ينبئ عن نوع من المقابلة بين الدين والتشريع بالمفهوم الوضعي البحت.

[16] – محمد أحمد مفتي وسامي صالح الوكيل. التشريع وسن القوانين في الدولة الإسلامية. مركز البحوث بكلية العلوم الإدارية. جامعة الملك سعود. الرياض. 1410هـ – ص36.

[17] – من المسائل المطروحة في الدولة الإسلامية المعاصرة: إيجاد مجلس تشريعي يتكون من علماء الشريعة. تتركز وظيفته في تبيين الأحكام الشرعية المتصلة بكافة مجالات الحياة. وصياغتها في أشكال قانونية. على أن تعكس القواعد التي يُصدرها هذا المجلس الاتجاهات الفقهية المختلفة التي يمكن التقارب بينها. مما يستدعي تكوينه من عدد كاف من العلماء المختصين بالشريعة والعلوم المتصلة بها. على أن يتم اختيارهم من قبل العلماء أنفسهم.

[18] – ينظر ذلك بالتفصيل: القرافي. الإحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام وتصرفات القاضي والإمام. تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة. مكتبة المطبوعات الإسلامية. حلب. 1967م. ص138، 146–151.

[19] – عبد القادر عودة. التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي. ط6. مؤسسة الرسالة. بيروت. 1405هـ. 275/1.

[20] - يذكر أنه من الناحية الدينية، المسلم مطالب بأحكام الشريعة في أي مكان يكون فيه. أما من ناحية مطالبة الدولة، فقد اختلف الفقهاء في ذلك بين النفي والإثبات على غرار اختلاف شرّاح القانون الوضعي في مدى إقليمية القوانين أو شخصيتها. فذهب الشافعي إلى أن اختلاف الدارين لا يوجب تباين الأحكام. بينما يرى أبو حنيفة أنه يوجب تباينها. ينظر: شهاب الدين الزنجاني. تخريج الفروع على الأصول. تحقيق محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة، بيروت. 1404هـ. ص277.

[21] - جمال الدين عطية، النظرية العامة للشريعة الإسلامية. مطبعة المدينة، لا مكان. 1407هـ. ص28

[22] - رواه البيهقي وأبو داود

[23] - هذا قول جمهور الفقهاء، أما أبو حنيفة فيخالفهم في هذه القاعدة بخصوص بعض تصرفات الحكام؛ وبالتحديد فيما فيه عقد أو فسخ، إذ يعتبر حكم الحاكم كالعقد أو الفسخ. غير أنه يرجع فيوافق الجمهور في بعض المسائل كمن حكم له بالزواج من ذات محرم له، ينظر: أحمد بن إدريس القرافي، الفروق، دار إحياء الكتب العربية، مكة المكرمة، 1344هـ. 4/41-42

[24] - سورة البقرة، آية 188

[25] - رواه البخاري من حديث أم سلمة (رضي الله عنها)، كتاب الأحكام، باب 20 "موعظة الإمام للخصوم". وبلفظ قريب في كتاب الشهادات، باب 28 "من أقام البينة بعد اليمين"، وكتاب الحيل باب 10. ورواه مسلم بلفظ قريب أيضا في كتاب الأقضية، باب 3 "بيان أن حكم الحاكم لا يغير الباطن".

[26] - القرافي، المرجع السابق. 4/43

[27] - ينظر: الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول، المرجع السابق. ص372. وينظر المثال في حاشية المحقق من المرجع نفسه ص374 هامش5، نقله عن فتح القدير 5/493 وبدائع الصنائع 7/15.

[28] - وهو مصطفى الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد. المدخل الفقهي العام. دار الفكر، دمشق، 1967-1968م 1/193 هامش. مع الملاحظة أنه ينص في مواضع أخرى من كتابه على ما يناقض رأيه هنا، إذ يفرق بين حكم القضاء وحكم الديانة؛ فالأول يتبع الظاهر، أما الثاني فيتبع واقع الأمر. ينظر المرجع نفسه 1/58. ولا يخفى أنه لا فرق بين القضاء والإمامة من حيث وجوب الطاعة.

[29] - فتحي الدريني، خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، مؤسسة الرسالة، بيروت. 1982م. ص195

[30] - يذكر أحمد شلبي أن الحكومة المصرية اتخذت قرارا بمنع أصحاب المباني والأراضي الزراعية من الزيادة في إيجارها، رغم أن الزيادات قد حدثت في مجالات أخرى مما أضر بهذه الفئة من الناس. ويرى أن الواجب على

المستأجر فيما بينه وبين الله تعالى أن يسوي الأمر بينه وبين المالك بالتراضي. ينظر كتابه: السياسة في الفكر الإسلامي. مكتبة النهضة. القاهرة. 1992 م. ص245.

[31] – محمد سلام مدكور، الحكم التخييري أو نظرية الإباحة عند الأصوليين و الفقهاء، بحث مقارن، رسالة دكتوراه مطبوعة، دار النهضة العربية، القاهرة. 1965 م. ص334 مع بعض التصرف.

[32] – ينظر: محمد أمين الشهير بابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الفكر، لا مكان. 1399هـ – 288/4. إذ ينقل عن الخير الرملي في فتاواه أن السلطان إذا منع القاضي من إعطاء الإذن ببيع عبيد العسكرية إذا أبقوا، فإنه لا يجوز له أن يأذن بذلك. ولا يجوز بيع العبد الآبق إلا بإذن القاضي. والقاضي ممنوع من ذلك، على أن المنع لا يبقى بعد موت السلطان المانع، وكذلك إذا منعه من النظر في دعوى مر عليها خمس عشرة سنة. المرجع نفسه – 420/5.

[33] – وهو الدكتور الأمين شريط أستاذ القانون الدستوري بجامعة قسنطينة. ويقصد بشخصنة السلطة المعنى المضاد لدولة المؤسسات حيث تنفصل الشخصية القانونية للدولة عن الأشخاص الذين يديرونها، فتثبت الحقوق والالتزامات لها وعليها بغض النظر عمن يتولى السلطة فيها. ولا يفوتني أن أشير إلى أن هذه الفكرة ليست غريبة عن الفقه الإسلامي بل لقد ظهرت منذ فجر الخلافة الإسلامية، تمثلت في كثير من المظاهر منها على سبيل المثال: بيت المال كمؤسسة مستقلة عن الخليفة . لكن ميل الخلافة عن خطها الشرعي قد أدى إلى توقف الفكرة عن التطور بالشكل الذي تستحق رغم وجودها في الفقه الإسلامي الذي ظل موازيا للسلطة قرونا كثيرة، وكتاب الفروق للقرافي أكبر دليل على ثراء الفقه المؤسساتي الذي أنتجه علماؤنا لو وجد من يستثمره!

[34] – وهذا وفق القاعدة الفقهية الشهيرة: "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان".

[35] – جمال الدين عطية، النظرية العامة للشريعة الإسلامية، المرجع السابق. ص291.